



”Plus, n’est pas nécessairement mieux” ou la difficulté de faire apparaître le(s) vraies question(s) de droit dans la masse des décisions des autorités de concurrence

Laurence Boy, Marc Deschamps

► To cite this version:

Laurence Boy, Marc Deschamps. ”Plus, n’est pas nécessairement mieux” ou la difficulté de faire apparaître le(s) vraies question(s) de droit dans la masse des décisions des autorités de concurrence. *Revue Lamy de la concurrence*, 2009, pp.129. <hal-00721563>

HAL Id: hal-00721563

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00721563>

Submitted on 27 Jul 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

“Plus, n’est pas nécessairement mieux”

ou la difficulté de faire apparaître le(s) vraies question(s) de droit dans la masse des décisions des autorités de concurrence

Par Laurence BOY et Marc DESCHAMPS*

Professeur à l’Université de Nice Sophia Antipolis

CREDECO/GREDEG UMR 6227 CNRS/INRA

Université de Nice Sophia-Antipolis – GREDEG-CNRS UMR 6227

Chercheur, GREDEG UMR 6227 CNRS

Depuis maintenant quelques années, les nouvelles technologies, notamment l’Internet, permettent l’accès aux décisions des instances en charge de la concurrence de nombreux pays, qu’il s’agisse des décisions administratives ou juridictionnelles (sans oublier les avis que les autorités de concurrence peuvent rendre, même si ces derniers n’engagent pas leurs auteurs sur ce qu’ils seraient à même de décider ultérieurement, y compris dans le cas où il s’agirait de faits semblables), ainsi qu’à celles des instances communautaires. En outre, la rapidité avec laquelle ces décisions sont mises « en ligne » par les personnels de ces instances constitue un effort que l’on se doit de saluer. Toutefois, si selon l’une des conclusions classiques de l’économie de l’information « les informations sont comme les huîtres, elles ne valent que par leur fraîcheur » (Shapiro C. et Varian H., *Économie de l’information : guide stratégique de l’économie des réseaux*, De Boeck, 2005, p. 56), il nous semble également utile de rappeler que « trop d’information, tue l’information » (dans la même veine, Simon H. soulignait déjà que « l’abondance d’information engendre une pénurie d’attention » comme le rappellent Shapiro C. et Varian H., *ibid*, p. 12). En ce sens, il faut faire le constat accablant selon lequel les autorités de concurrence tendent, de plus en plus, à rendre des décisions d’une « ampleur problématique » (il serait sans doute intéressant d’essayer d’analyser s’il existe une corrélation entre le nombre de pages des décisions et le montant des amendes infligées). À titre d’illustration, signalons la toute récente décision de la Commission européenne sanctionnant la firme Intel, dans une décision *annoncée* de 542 pages (on peut noter qu’il s’agit là d’une nouveauté. C’est en effet la première fois, à notre connaissance, que la Commission fournit un communiqué de presse ainsi que des documents présentant sa décision, sans mettre à disposition, dans le même temps, la décision elle-même), ainsi que l’arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l’affaire Microsoft, lequel faisait déjà 300 pages. En ce qui concerne l’autorité française de concurrence, la tendance est strictement la même comme le démontre le tableau suivant :

Tableau 1 : Activité de l’autorité française de concurrence (1^{er} janvier 2008-25 mai 2009)

Autorité	Dispositif	Nombre de décisions	Nombre de pages
Conseil de la concurrence	L. 420-1	24	967
	L. 420-2	13	324
Autorité de la concurrence	L. 420-1	1	14
	L. 420-2	2	28

Remarque : ce tableau est établi à partir du résultat de l’interrogation de la base de données de l’Autorité de la concurrence, qui fait ressortir 52 décisions portant sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, entre le 1^{er} janvier 2008 et

* Les idées et opinions exprimées dans cet article n’engagent que leurs auteurs et en aucune façon les institutions auxquelles ils appartiennent. Nous remercions Céline Savard-Chambard, Pierre Bernhard et Michel Rainelli pour leurs commentaires sur une version préliminaire, tout en restant seuls responsables tant du contenu que de la forme.

le 25 mai 2009 (la première décision de l'Autorité date du 18 mars 2009, avant il s'agissait du Conseil). Pour conserver la cohérence de ce décompte, nous avons comptabilisé les décisions ayant explicitement à la fois pour visés les articles L. 420-1 et L. 420-2, dans les décisions relevant de l'article L. 420-1 *et* dans celles relevant de l'article L. 420-2. Nous n'avons pas comptabilisé les décisions portant sur une demande de mesure conservatoire ou celles acceptant des engagements.

Ce tableau permet de constater l'importance de la masse de pages qu'il y a à traiter, même dans le cas extrême et peu rigoureux où seules les décisions de l'autorité de concurrence nationale seraient analysées (on signalera, en particulier, la décision n° 08-D-32 portant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques de 151 pages ou encore la décision n° 08-D-30 relative à des pratiques mises en œuvre par des sociétés pétrolières de 84 pages).

Ce constat – mais nous sommes évidemment tributaires sur ce point de nos lectures –, semble pouvoir être généralisé à de nombreux pays.

Dans cette perspective, nous tenons à faire observer que plus personne n'est réellement aujourd'hui à même de pouvoir suivre l'ensemble des décisions des instances nationales, communautaires, voire internationales (si l'on pense, par exemple, aux décisions de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce ayant un volet concurrentiel). Serait-on tenté de pratiquer du droit comparé ? Il faudrait rapidement y renoncer.

Les citoyens, y compris les chefs d'entreprise, risquent désormais d'être réduits à ce que les médias généralistes leur « disent le droit » (ce qui nous semble notamment contradictoire avec la volonté des autorités de concurrence de mettre en œuvre des programmes de *compliance*, dont on peut voir l'actualité dans le colloque organisé par le Conseil de la concurrence sur ce thème, cf. RLC 2009/19, n° 1384). Plus problématique encore, même les spécialistes du droit de la concurrence ont les plus grandes difficultés à faire une veille informationnelle, notamment grâce à la lecture des résumés établis par les instances, celle des articles de revues académiques (principalement la *Revue Lamy de la Concurrence* et la revue *Concurrences*), des blogs ou des lettres spécialisées (voir notamment le succès de la Lettre CREDA Concurrence, animé par A. Ronzano, sur ce point), contraints qu'ils sont de garder leur temps pour leur(s) « micro-domaine(s) de spécialité » ou pour le problème précis qu'ils cherchent à résoudre à un instant donné.

Ce billet d'humeur repose sur l'observation selon laquelle plus personne n'est à même de se forger, *par sa seule analyse*, une conception claire et précise de l'évolution du droit de la concurrence, voire de son domaine de spécialité. C'est un constat très grave car émerge peu à peu un problème de prévisibilité juridique lié à une trop grande masse d'informations indigestes, y compris pour les spécialistes. Nous plaçons donc pour un retour à la culture juridique française, dans laquelle les arrêts et les décisions posent clairement le(s) problème(s) de droit en les désignant comme tels, ne présentant les faits bruts qu'en support à la qualification juridique des faits. L'« attractivité du droit », vantée par les rapports *Doing business* de la banque mondiale, devrait sans doute se mesurer aussi à l'aune de la lisibilité et de l'intelligibilité du « droit » de la concurrence. La prévisibilité juridique en droit de la concurrence passe par un retour à des formes épurées de la décision juridictionnelle.

I. – UN PROBLÈME DE PRÉVISIBILITÉ JURIDIQUE

Traditionnellement, la doctrine souligne qu'il existe un problème de prévisibilité juridique lorsque la règle de droit applicable n'est pas clairement identifiée (voir, par exemple, Boy L., Racine J.-B. et Siirainen F. (Coord), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, 586 p.). C'est notamment le cas lorsque la règle de droit n'est pas connue, lorsqu'il est difficile d'y accéder ou lorsque son

application demeure source d'imprévisibilité. L'une des sources majeures de l'imprévisibilité juridique en France résulterait, selon la tradition, de la « jurisprudence » au sens large et, plus précisément, des revirements de jurisprudence.

De nos jours, c'est également la masse d'informations hebdomadaires que doivent traiter les spécialistes du droit de la concurrence qui est devenue une véritable source d'imprévisibilité. Il ne s'agit pas, à notre sens, d'une évolution comparable – et qui se justifie – à celle que l'on peut constater dans de nombreuses autres disciplines juridiques, par exemple en matière de responsabilité médicale (c'est ainsi que la jurisprudence distingue de mieux en mieux les conditions de mise en œuvre de la responsabilité d'un chirurgien cardiaque de celles d'un chirurgien spécialiste du foie). Même si l'on considère qu'aujourd'hui le droit de la concurrence se compose de quatre grands « organes » (les ententes, les abus de position dominante, les concentrations et les aides d'État), personne n'est plus en mesure d'avoir une appréhension exhaustive de sa spécialité.

Pour résumer, si les instances n'ont pas, pour l'essentiel, le choix quant au nombre de décisions à rendre, elles ont, en revanche, une responsabilité essentielle quant à la longueur de celles-ci et en conséquence, quant à leur accessibilité et, surtout, à leur intelligibilité (le problème consistant pour le juriste à repérer les informations pertinentes dans une masse énorme est sensiblement analogue à celui que rencontre le consommateur confronté, lors de l'achat de biens de consommation, à des modes d'emploi toujours plus complexes. Nous n'évoquons même pas le cas de l'acquéreur de produits financiers ou de prêts hypothécaires dont l'actualité a montré le désarroi).

Ce problème de l'accès au droit nous semble d'autant plus crucial, qu'à ce jour, malgré les efforts faits en ce domaine par les instances, toutes les décisions ne sont pas accessibles sur Internet et que les moteurs de recherche proposés sur les sites officiels ne sont pas à la hauteur des possibilités offertes en la matière par les dernières avancées technologiques. C'est sans doute là une limite à ces avancées, si elles ne sont pas accompagnées par des hommes. Il est clair que la technologie ne saurait se substituer au juriste. Les deux doivent se compléter. Il s'ensuit qu'il est extrêmement difficile, de nos jours, d'appréhender exhaustivement une question précise, certaines décisions « publiées » ainsi que leurs résumés risquant même d'induire en erreur, comme le démontre la récente affaire GlaxoSmithKline où, selon le Communiqué du Conseil de la concurrence du 14 mars 2007, il était prétendu qu'il s'agissait de la première affaire sanctionnant une pratique de prix prédateurs en France, ce qui était parfaitement erroné. Difficile dès lors de prévoir, avec une très faible marge d'erreur, quelle sera la sanction de telle ou telle pratique (ce point est encore plus grave si l'on prend en compte le fait que les autorités de concurrence ne décomposent jamais explicitement le montant des amendes qu'elles infligent à partir des infractions qu'elles ont retenues ni, du reste, pourquoi elles sanctionnent à hauteur d'un certain pourcentage du chiffre d'affaires mondial). Sans doute faudrait-il en revenir à de courtes décisions, axées sur les problèmes juridiques, accompagnées d'annexes détaillées sur les aspects factuels et techniques, ce qui faciliterait incontestablement l'accès au droit de la concurrence.

II. – PLAIDOYER POUR UN RETOUR À LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE

Si l'on estime que le droit est un mode de communication, à l'instar de toute langue, il doit à la fois constituer un langage, support d'une communication minimale, et permettre de construire des systèmes généraux visant à se comprendre pour résoudre des conflits mais tenant compte, dans le même temps, des spécificités liées aux réalités historiques et sociales. C'est en particulier sur ce postulat que l'on peut faire reposer l'idée d'un *droit commun de la concurrence*, mais qui ne se confondrait pas non plus avec un droit unique (ou unifié ; pour une appréhension générale de cette problématique, on pourra notamment se reporter au magnifique ouvrage de Delmas-Marty, M., *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1989, 305 p.).

Dès lors, sans promouvoir une position protectionniste ni nationaliste sur les solutions de fond du droit, il nous semble indispensable, légitime et même crucial que les instances nationales et communautaires retrouvent l'un des apports essentiels de la culture juridique romano-germanique : la brièveté traditionnelle des décisions et des arrêts. Celle-ci permet d'exposer de manière claire et intelligible, le(s) problème(s) de droit tiré(s) du cas d'espèce. Mais, et c'est sans doute la différence fondamentale avec le droit anglo-saxon, à partir de ces différents cas d'espèce, les magistrats ont appris à dégager des décisions ou arrêts de principe, dont la connaissance permet à tout juriste d'anticiper l'élaboration de la solution du problème nouveau qui lui sera posé.

Nous appelons donc instamment les autorités de concurrence à modifier très sensiblement la présentation de leurs décisions en posant, dans un premier temps, sous une forme similaire à celle des arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, le(s) problème(s) juridique(s) soulevé(s) par l'affaire tranchée, en le(s) détachant des contingences liées au cas d'espèce, afin de présenter, dans un second temps, les données idiosyncratiques.

Une telle présentation aurait pour premier avantage de mieux cibler le(s) problème(s) de fond du droit ainsi que les difficultés procédurales. En conséquence, elle rendrait plus intelligibles les jurisprudences des cours d'appel et des cours suprêmes. Les spécialistes du domaine, mais aussi les magistrats non spécialistes, les juristes généralistes (notamment les juristes d'entreprises), tout comme l'ensemble de la doctrine, auraient ainsi accès à un document, plus riche que le résumé superficiel (et pas nécessairement pertinent) fourni généralement aujourd'hui par les services de ces instances. Enfin, de manière plus accessoire mais sans doute tout aussi importante, cette présentation rénovée permettrait également aux enseignants de pouvoir exiger des étudiants qu'ils lisent toutes les décisions utiles pour les cours dispensés. Ceci éviterait un double mensonge : celui de l'enseignant qui feint de croire que les étudiants ont réellement la possibilité de lire ces décisions, et celui des étudiants qui se sentent obligés de faire croire qu'ils les ont lues.

Pour finir, il est important de souligner que ce changement auquel nous appelons peut se faire à moyens constants. En outre, il relève de « l'état d'esprit » de tout juriste qui, de par sa formation et la lecture des décisions des autres autorités administratives indépendantes (ARCEP, CRE, CNIL, AMF, HALDE, CSA, AMRT, ASN, entre autres), est habitué à ce genre d'exercice.

Place maintenant donc, nous l'espérons, à la critique et au débat sur notre appel, y compris évidemment de la part de l'Autorité de la concurrence qui a « le goût du débat » comme le soulignait Bruno Lasserre dans le premier numéro d' « Entrée libre », la lettre d'information de l'Autorité.